

ARTIKELN

DE BEWAARPLICHT VAN VERKEERSGEGEVENS BIJ INTERNET EN TELEFONIE EN DE VERHOUDING TOT HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER

Marga Groothuis*

In Europese en Nederlandse regelgeving worden normen gesteld ten aanzien van het bewaren, de toegang tot en het gebruik van verkeersgegevens. Onder 'verkeersgegevens' worden gegevens over Internet- of telefoonverkeer verstaan, bijvoorbeeld gegevens over wie wanneer een e-mail heeft verstuurd, tot wie de e-mail was gericht en via welke telecommunicatienetwerken. Deze bijdrage belicht de verhouding van de bewaarplicht van verkeersgegevens tot het recht op persoonlijke levenssfeer en behandelt in het bijzonder de nieuwe Richtlijn 2006/24/EG inzake het bewaren van verkeersgegevens.

1 Inleiding

Op 3 mei 2006 trad Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG in werking.¹ Deze Richtlijn introduceert een bewaarplicht voor verkeersgegevens bij Internet en telefonie in de EU-lidstaten. Verkeersgegevens zijn gegevens die worden verwerkt voor het overbrengen van communicatie over een elektronisch communicatienetwerk of voor de facturering ervan.² Het gaat dus om gegevens *over* de communicatie. Voorbeelden zijn: wie belt met wie, met welk type toestel en telefoonnummer en gedurende hoeveel minuten, en wie stuurt een e-mail aan wie, met welk internet protocol (IP) adres en via welke internet service provider?

Dit artikel behandelt de verhouding van de bewaarplicht van verkeersgegevens bij Internet en telefonie tot het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het brief- en telefoongeheim, zoals neergelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van

- Mr. M.M. Groothuis is universitair docent staats- en bestuursrecht bij het departement Publiekrecht van de Universiteit Leiden.

1 Deze Richtlijn is op 13 april 2006 gepubliceerd in *PbEG*, L105/54.

2 Zie uitgebreid over de betekenis van de term 'verkeersgegevens': R. Hes, 'Verkeersgegevens in nieuwe generaties telecommunicatiesystemen', in: L.F. Asscher en A.H. Ekker (red.), *Verkeersgegevens. Een juridische en technische inventarisatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2003, 12-18. Zie ook: artikel 2, sub b, Richtlijn 2002/58/EG; artikel 1, tweede lid, artikel 2, tweede lid, sub a en artikel 5 Richtlijn 2006/24/EG. Deze Richtlijnen maken een nader onderscheid tussen verkeers- en locatiegegevens. De eerstgenoemde Richtlijn definieert locatiegegevens als 'gegevens die worden verwerkt in een elektronische-communicatienetwerk waarmee de geografische positie van de eindapparatuur van een gebruiker van een algemeen beschikbaar elektronische-communicatiedienst wordt aangegeven'.

de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en de artikelen 10 en 13 van de Nederlandse Grondwet.

In paragraaf 2 van dit artikel wordt de bewaarplicht voor verkeersgegevens belicht vanuit een Europeesrechtelijk perspectief. Centraal staat de vraag hoe de nieuwe Richtlijn 2006/24/EG zich verhoudt tot artikel 8 van het EVRM.

Paragraaf 3 behandelt de bewaarplicht voor verkeersgegevens naar Nederlands recht. Eerst komt aan de orde welke eisen vanuit een grondwettelijk perspectief moeten worden gesteld aan een bewaarplicht voor verkeersgegevens. Tevens wordt een beknopt overzicht gegeven van de nu reeds geldende nationale wet- en regelgeving ten aanzien van verkeersgegevens. Vervolgens wordt de vraag behandeld wat de betekenis van Richtlijn 2006/24/EG is voor Nederland.

In paragraaf 4, ten slotte, volgen conclusies en een vooruitblik op de implementatie van de Richtlijn in Nederland in het komende jaar.

2 Bewaarplicht voor verkeersgegevens in Europa

2.1 Europese Richtlijn 2006/24/EG

De nieuwe Richtlijn 2006/24/EG (verder: de Richtlijn) stelt regels ten aanzien van het bewaren van verkeersgegevens. Kernbepalingen zijn de artikelen 1, 3, 4, 5 en 6 van de Richtlijn.

Artikel 1 bepaalt de werkingssfeer van de Richtlijn. Volgens deze bepaling heeft de Richtlijn tot doel 'een harmonisatie tot stand te brengen van de nationale bepalingen van de lidstaten, waarbij aan aanbieders van elektronische communicatiediensten of een openbaar communicatienetwerk verplichtingen worden opgelegd inzake het bewaren van bepaalde gegevens die door hen worden gegenereerd of door hen worden bewerkt, teneinde te garanderen dat die gegevens beschikbaar zijn voor het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige criminaliteit, zoals gedefinieerd in de nationale wetgeving van de lidstaten'.

In artikel 3 verbinden de lidstaten zich te waarborgen dat een aantal, elders in de richtlijn gespecificeerde, categorieën van verkeersgegevens worden bewaard overeenkomstig de bepalingen van de richtlijn.

In artikel 4 verbinden de lidstaten zich vervolgens te waarborgen dat de overeenkomstig de richtlijnen bewaarde gegevens 'alleen in welbepaalde gevallen, en in overeenstemming met nationale wetgeving, aan de bevoegde nationale autoriteiten worden verstrekt'. Voorts bepaalt deze bepaling uit de richtlijn dat 'de procedure en de te vervullen voorwaarden voor toegang tot gegevens die bewaard worden overeenkomstig de vereisten inzake noodzakelijkheid en evenredigheid, door elke lidstaat in de nationale wetgeving worden vastgesteld, rekening houdend met de relevante bepalingen van de wetgeving van de Europese Unie of publiek internationaal recht, met name het EVRM, zoal geïnterpreteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens'.

Ingevolge artikel 5 zorgen de lidstaten ervoor dat een aantal in deze bepaling omschreven categorieën van verkeersgegevens wordt bewaard. Voor de volledige opsomming van deze categorieën zij verwezen naar de tekst van de Richtlijn zelf. Het betreft, samengevat, de volgende categorieën verkeersgegevens met betrekking tot telefonie en e-mail:

- gegevens die nodig zijn om de bron van een communicatie te traceren en te identificeren (bijvoorbeeld het telefoonnummer van de oproeper, naam en adres van de geregistreerde gebruiker, de toegewezen gebruikersidentificatie bij e-mail, naam en adres van de abonnee aan wie het Internet protocol (IP) adres, de gebruikersidentificatie of het telefoonnummer was toegewezen);
- gegevens die nodig zijn om de bestemming van een communicatie te identificeren (bijvoorbeeld het telefoonnummer dat werd opgeroepen, naam of adres van de abonnee of geregistreerde gebruiker; bij e-mail en Internettelefonie: naam- en adres van de abonnee of geregistreerde gebruiker en de gebruikersidentificatie van de beoogde ontvanger van de communicatie);
- gegevens die nodig zijn om de datum, het tijdstip en de duur van de communicatie te bepalen (bij telefoon: bijvoorbeeld datum en tijdstip van aanvang en einde van de verbinding; bij Internettoegang, e-mail en Internettelefonie: datum en tijdstip van de log-in en log-off van een Internetsessie, samen met het IP-adres; datum en tijdstip van een e-mail-dienst);
- gegevens die nodig zijn om het type communicatie te bepalen (bijvoorbeeld: het type telefoon of de gebruikte internetdienst);
- gegevens die nodig zijn om de communicatieapparatuur te kunnen identificeren (bijvoorbeeld: in geval van telefoon: het oproepende en het opgeroepen nummer, de International Mobile Subscriber Identity en de International Mobile Equipment Identity van de oproepende en de opgeroepen deelnemer);
- gegevens die nodig zijn om de locatie van mobiele communicatieapparatuur te kunnen bepalen (bijvoorbeeld: de locatie-aanduiding (Cell ID) bij het begin van de verbinding; gegevens voor het identificeren van de geografische locatie van *cells* door referentie aan hun Cell IDs gedurende de periode dat de verkeersgegevens worden bewaard).

Artikel 6 ten slotte bepaalt de bewaartermijn voor de in artikel 5 genoemde categorieën van gegevens: deze termijn bedraagt ten minste zes maanden en ten hoogste twee jaar vanaf de datum van de communicatie.

De totstandkoming van de richtlijn verliep niet zonder slag of stoot. Het traject begon op 28 april 2004, toen vier EU-lidstaten, te weten Frankrijk, Ierland, Zweden en het Verenigd Koninkrijk, het initiatief namen voor een *Ontwerp-kaderbesluit over de bewaring van gegevens die zijn verwerkt en opgeslagen in verband met het aanbieden van openbare elektronische-communicatiediensten of gegevens in openbare communicatienetwerken met het oog op het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten, daaronder begrepen terrorisme* (verder: het Kaderbesluit).³

Het was zes weken na de terroristische aanslagen in Madrid. Dit Kaderbesluit – dat werd voorgesteld in het kader van de derde pijler van de EU – introduceerde een bewaarplicht voor verkeersgegevens in de EU-lidstaten. Het betrof een bewaarplicht voor verkeersgegevens inzake telefonie, Internet en e-mail van minimaal 12 tot maximaal 36 maanden. In de preambule (overweging 4) van het concept-Kaderbesluit werd verwezen naar de Verklaring betreffende de bestrijding van terrorisme die op 25 maart 2004 – twee weken na de aanslagen in Madrid – door de Europese Raad was aangenomen. Daarin wordt de Raad de opdracht gegeven om

3 Raadsdocument 8958/2004, te downloaden op <<http://europapoort.eerstekamer.nl>>.

maatregelen te bestuderen voor het opstellen van voorschriften voor het bewaren van verkeersgegevens door telecommunicatieaanbieders. Het concept-kaderbesluit werd kritisch ontvangen door een groot aantal maatschappelijke organisaties en leidde tot debatten in verschillende nationale parlementen, waaronder het Nederlandse parlement.⁴ Ook het Europees Parlement, dat bij kaderbesluiten als deze een adviesrecht maar geen instemmingsrecht heeft, bracht een negatief advies uit over het concept-kaderbesluit.⁵

De kritiek op het concept-kaderbesluit spitste zich toe op twee punten. Het eerste kritiekpunt betrof de juridische basis voor het voorstel: er zou geen juridische grondslag voor dit kaderbesluit zijn in het kader van de Derde Pijler van de Europese Unie. Het tweede kritiekpunt betrof de eis van proportionaliteit: de voorgestelde maatregelen zouden niet proportioneel zijn ten opzichte het te bereiken doel. In dat verband werd in het bijzonder geageerd tegen de duur van de bewaartermijn (12 tot 36 maanden) en tegen het grote aantal categorieën van verkeersgegevens waarvoor de bewaartermijn zou gelden. De bewaartermijn zou bovendien in de nabije toekomst nutteloos en niet effectief worden ten gevolge van technologische veranderingen van telecommunicatie. Door de opkomst van nieuwe technologieën zou communicatie steeds meer ongrijpbaar worden.

In de zomer van 2005 reageerde de Europese Commissie op deze kritiek met de aankondiging dat zij binnen enkele maanden een nieuwe concept-richtlijn inzake het bewaren van verkeersgegevens zou voorbereiden, die het bekritiseerde concept-kaderbesluit zou kunnen vervangen. Het voorstel voor een *Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG* werd op 21 september 2005 gepubliceerd.⁶ Dit nieuwe voorstel had zijn grondslag in de Eerste Pijler van de EU; aldus werd tegemoetgekomen aan het formeelrechtelijke kritiekpunt op het eerdere concept-kaderbesluit. Gedurende de daaropvolgende vier maanden werd er in vele EU-lidstaten en op het Europese niveau opnieuw intensief gedebatteerd over het voorstel. De Werkgroep van Europese Privacytoezichthouders (de zogeheten artikel 29 Werkgroep)⁷ en de Europese Toezichthouder

4 Een overzicht van de debatten in de Nederlandse Eerste en Tweede Kamer over dit kaderbesluit is te vinden via <<http://europapoort.eerstekamer.nl>> en op <www.tweedekamer.nl>. In de Tweede Kamer betrof het een orde-debat op 7 juni 2005, een Algemeen Overleg op 6 september 2005, een Ronde Tafel Gesprek op 28 september 2005, een Algemeen Overleg op 5 en 11 oktober 2005. In de Eerste Kamer betrof het onder meer een mondeling overleg met de minister van Justitie op 28 juni 2005 en debatten op 11 oktober en 29 november 2005. Voorts zij gewezen op het rapport *Wie bewaart, die heeft wat. Onderzoek naar nut en noodzaak van een bewaarverplichting voor historische verkeersgegevens van telecommunicatieverkeer* van 16 juni 2005 dat op verzoek van de Tweede Kamer in opdracht van de Minister van Justitie werd uitgevoerd door de Erasmus Universiteit. Zie voor een overzicht van reacties op het ontwerp-Kaderbesluit van Europese mensenrechtenorganisaties onder meer het overzicht op de website van Digital Civil Rights in Europe: <<http://www.edri.org/campaigns/dataretention>>.

5 Report on the initiative by the French Republic, Ireland, the Kingdom of Sweden and the United Kingdom for a Draft Framework Decision on the retention of data processed and stored in connection with the provision of publicly available electronic communications services or data on public communications networks for the purpose of prevention, investigation, detection and prosecution of crime and criminal offences including terrorism, (8958/2004 – C6-0198/2004 – 2004/0813(CNS)), 31 May 2005, Final A6-0174/2005.

6 COM(2005) 438 definitief, te downloaden op <<http://europapoort.eerstekamer.nl>>.

7 Deze werkgroep ontleent haar naam aan artikel 29 van de Europese Privacyrichtlijn 95/46/EG. Alle toezicht-houdende autoriteiten op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens van de Europese Unie, waaronder ook het Nederlandse College Bescherming Persoonsgegevens, nemen deel aan deze Werkgroep.

voor Gegevensbescherming adviseerden negatief.⁸ De kritiek op het nieuwe voorstel spitste zich nu toe op de vraag of het voldeed aan de eis van proportionaliteit. Tot het laatste moment was onzeker of een meerderheid van het Europees Parlement zou instemmen met de concept-richtlijn. Na aanvaarding van een groot aantal amendementen stemde het Europees Parlement op 14 december 2005 met 387 stemmen voor, 197 stemmen tegen en 30 onthoudingen voor de Richtlijn. Op 21 februari 2006 aanvaardde ook de Raad het voorstel. Na publicatie op 13 april trad de richtlijn op 3 mei jl. in werking. Artikel 15 van de Richtlijn bepaalt de deadline voor implementatie van de Richtlijn: 15 september 2007.

2.2 Artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

Tijdens de totstandkomingsprocedure van de Richtlijn was een kernpunt van discussie of de Richtlijn in overeenstemming was met artikel 8 EVRM. Weliswaar is de Europese Unie (nog) geen verdragspartij bij het EVRM, maar ingevolge artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie eerbiedigt de Unie de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien als algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Bovendien dienen de lidstaten van de EU, als verdragspartijen bij het EVRM, de mensenrechtenbepalingen in dit verdrag, en in het bijzonder artikel 8, te respecteren (ook) bij de omzetting van de Europese richtlijnen naar nationaal recht.⁹

De kritiek op de ontwerp-Richtlijn spitste zich, evenals de kritiek op het eerdere ontwerp-Kaderbesluit, toe op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zoals deze voortvloeien uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) inzake artikel 8, tweede lid, EVRM.¹⁰

Een eerste kritiekpunt op de ontwerp-Richtlijn was dat de noodzaak voor de bewaarplicht zou ontbreken en er in de ontwerp-Richtlijn geen poging zou worden gedaan om die noodzaak

8 Advies van de artikel 29 Werkgroep Gegevensbescherming over het voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG (COM(2005) 438 definitief) van 21.9.2005, en Advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming van 26 september 2005 over het voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad over de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische-communicatiediensten en houdende wijziging van Richtlijn 2002/58/EG (COM(2005) 438 def.) (2005/C 298/01).

9 Zie over aansprakelijkheid van lidstaten voor communautaire schendingen van de rechten en vrijheden die in het EVRM zijn vastgelegd en de inpassing ervan in het leerstuk van staatsaansprakelijkheid: R.A Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen. Bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties* (diss.), Leiden 1999.

10 Een overzicht van de debatten in de Nederlandse Eerste en Tweede Kamer over de Richtlijn is te vinden via <<http://europapoort.eerstekamer.nl>> en op <www.tweedekamer.nl>. In de Tweede Kamer betrof het een Algemeen Overleg op 5 en 11 oktober 2005 en een plenair debat op 16 februari 2006. In de Eerste Kamer betrof het debatten in de Bijzondere Commissie voor de JBZ-Raad op 11 oktober en 29 november 2005 en 14 februari 2006. Zie voor een overzicht van reacties op de Richtlijn van Europese mensenrechtenorganisaties onder meer het overzicht op de website van Digital Civil Rights in Europe: <<http://www.edri.org/campaigns/dataretention>>.

aan te tonen. Bovendien zou het gekozen middel – de bewaarplicht – niet effectief zijn om de geformuleerde doelstellingen te bereiken.

Tegenstanders van het voorstel van de Commissie betoogden voorts dat het aantal categorieën van verkeersgegevens dat bewaard moest worden te ruim was geformuleerd. Dit zou een te grote inbreuk vormen op de persoonlijke levenssfeer, en meer in het bijzonder het recht om vertrouwelijk te communiceren, van de ingezetenen van de lidstaten.¹¹

Bovendien, zo werd door critici van de ontwerp-Richtlijn betoogd, zou deze ruime bewaarplicht een onevenredige last vormen voor de bedrijven die de betreffende telecommunicatienetwerken- en diensten aanbieden, vanwege de hoge kosten die een zo grote bewaarplicht met zich mee zou brengen. Dit zou uiteindelijk leiden tot een aanzienlijke stijging van de prijzen voor telecommunicatiediensten voor de eindgebruikers, hetgeen schadelijk zou zijn voor de verdere ontwikkeling van de informatiemaatschappij.

Ook was er kritiek (zij het in mindere mate dan bij het eerdere ontwerp-Kaderbesluit) op de duur van de bewaartermijn: deze bedroeg in het oorspronkelijke ontwerp van de Commissie een jaar voor verkeersgegevens bij telefonie en zes maanden voor gegevens bij elektronische communicatie die geheel of hoofdzakelijk volgens het Internetprotocol verliep (waaronder e-mailverkeer). Een van de meest opvallende ontwikkelingen in de vier maanden waarin tussen de Raad en het Europees Parlement is onderhandeld over de ontwerp-Richtlijn, is overigens dat de duur van de bewaartermijn in de definitieve tekst (zoals die op 3 mei 2006 in werking is getreden) langer is geworden dan in het oorspronkelijke ontwerp van de Commissie. Zoals in het vorenstaande werd aangegeven bedraagt de bewaartermijn in de uiteindelijke tekst van de Richtlijn zes maanden tot twee jaar, waarbij geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen telefonie en e-mail.

Een ander kritiekpunt op de ontwerp-Richtlijn betrof de formulering van de doelstellingen waarvoor de bewaarplicht voor verkeersgegevens in het leven werd geroepen: deze zou te ruim en abstract zijn geformuleerd en te veel vrije ruimte laten aan de lidstaten. Een en ander zou volgens de critici kunnen leiden tot vergaande inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en het recht op vertrouwelijke communicatie van burgers, die niet proportioneel en evenredig zouden zijn ten opzichte van de te bereiken doelen, het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige strafbare feiten.

In dit kader betoogden de critici voorts dat in de ontwerp-Richtlijn onvoldoende waarborgen zouden zijn opgenomen met betrekking tot de toegang tot en het gebruik van de verkeersgegevens. Het gaat dan om de vraag welke organen en functionarissen op het nationale niveau toegang tot de opgeslagen verkeersgegevens krijgen en waarvoor zij die gegevens mogen gebruiken. De lidstaten zouden op deze punten te veel vrije ruimte krijgen. Bovendien zouden in de Richtlijn onvoldoende waarborgen zijn opgenomen met betrekking tot onafhankelijk toezicht op de toegang tot en het gebruik van deze gegevens.

¹¹ Men zou hiertegen kunnen inbrengen dat ingezetenen die vertrouwelijk willen communiceren ook gebruik kunnen maken van een papieren brief. Daar staat tegenover dat (vaste en mobiele) telefoon en e-mail 'normale' communicatiemiddelen zijn geworden, die wijd verspreid zijn in de Europese samenleving.

Ten slotte betoogden critici van de ontwerp-Richtlijn dat deze nauwelijks tot harmonisatie van de bewaarplicht in de lidstaten (het uiteindelijke doel van de Richtlijn) zou leiden, omdat de Richtlijn de lidstaten te veel ruimte zou bieden bij de omzetting naar nationaal recht.

Voorstanders van de EG-Richtlijn bestreden de hierboven geformuleerde argumenten en stelden voorop dat de in de Richtlijn neergelegde bewaarplicht noodzakelijk zou zijn ter bestrijding van ernstige criminaliteit en in het bijzonder terrorisme. Zij betoogden dat het voorstel qua impact op de burgers en het bedrijfsleven niet verder ging dan hetgeen strikt noodzakelijk was en dus in overeenstemming was met het evenredigheidsbeginsel.

Bovendien, zo betoogden de voorstanders, is het van essentieel belang gegevens die in openbare communicatienetwerken voorhanden zijn en als gevolg van een communicatie geproduceerd zijn te bewaren voor het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten die het gebruik van elektronische communicatiesystemen omvatten. Zij benadrukten voorts dat de gegevens waarop de ontwerp-Richtlijn betrekking had alleen verkeersgegevens betroffen en niet de inhoud van de communicatie.

Het streven naar proportionaliteit kwam volgens de voorstanders van de ontwerp-Richtlijn, en volgens de Europese Commissie zelf, vooral tot uiting in de voorgestelde (beperkte) bewaartermijn, het onderscheid tussen telefoon- en internetgegevens en in de beperking van het aantal categorieën te bewaren gegevens.

Uit het bovenstaande overzicht van voor- en tegenargumenten bij de ontwerp-Richtlijn kan mijns inziens de conclusie worden getrokken dat de eisen van proportionaliteit en subsidiairiteit, zoals deze voortvloeien uit de jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 8, tweede lid, EVRM, ruimte voor discussie laten bij de beoordeling van een instrument zoals de besproken EG-Richtlijn. Het gaat bij deze beoordeling uiteindelijk om een weging van factoren waarover verschil van mening mogelijk is. Tussen de voor- en tegenstanders van de EG-Richtlijn is tot het laatste moment verschil van mening blijven bestaan of het gekozen middel – de bewaarplicht zoals nader vorm gegeven in de Richtlijn – proportioneel is ten opzichte van de te bereiken doelen.¹²

In hoeverre biedt de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over art. 8 EVRM houvast in deze discussie? In dat verband is in het bijzonder de uitspraak van het Hof in de zaak *Malone t. Verenigd Koninkrijk*.¹³ Die zaak betrof een Britse antiquair die werd verdacht van heling en oplichting en wiens telefoon gedurende het opsporingsonderzoek was afgetapt. De antiquair claimde dat het aftappen van zijn telefoon een schending opleverde van art. 8 EVRM. Ook claimde hij dat de Britse autoriteiten gebruik hadden gemaakt van verkeersgegevens ('records of the metering') die door de telefoonmaatschappij waren

12 Over de balans tussen het belang van enerzijds terrorismebestrijding en anderzijds de rechten van de mens en meer in het bijzonder het recht op persoonlijke levenssfeer is de afgelopen drie jaar een groot aantal publicaties verschenen. Zie hierover onder meer: J.P. Loof, *Mensenrechten en Staatsveiligheid: verenigbare grootheden? Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen* (diss.), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005; E. Myjer, 'Rechten van de Mens en bestrijding van terrorisme; enige opmerkingen over de Europese aanpak en over de rol van de officier van Justitie', *Trema*, oktober 2003, nr. 8, p. 336-342; M. Levi & D.S. Wall, 'Technologies, Security, and Privacy in the Post -9/11 European Information Society', *Journal of Law and Society*, Volume 31, number 2, June 2004, p. 194-220; E. Van Dongen e.a. (red.), *Terrorismebestrijding met Mensenrechten*, Leiden: Stichting NJCM-Bulletin 2005.

13 EHRM 2 augustus 1984, *Malone t. Verenigd Koninkrijk* (appl. no. 8691/79).

verzameld. Het betrof een meter die bijhield welke telefoonnummers met het betreffende telefoonapparaat waren gedraaid, alsmede het tijdstip van aanvang en de duur van het telefoongesprek. In de uitspraak van het Hof kwam (voor het eerst) het onderscheid aan de orde tussen enerzijds de inhoud van de telefoongesprekken en anderzijds de verkeersgegevens ('records of metering'). Het Hof overwoog over deze verkeersgegevens onder meer (par. 84):

'As the Government rightly suggested, a meter check printer registers information that a supplier of a telephone service may in principle legitimately obtain, notably in order to ensure that the subscriber is correctly charged or to investigate complaints or possible abuses of the service. By its very nature, metering is therefore to be distinguished from interception of communications, which is undesirable and illegitimate in a democratic society unless justified. The Court does not accept, however, that the use of data obtained from metering, whatever the circumstances and purposes, cannot give rise to an issue under Article 8. The records of metering contain information, in particular the numbers dialled, which is an integral element in the communications made by telephone. Consequently, release of that information to the police without the consent of the subscriber also amounts, in the opinion of the Court, to an interference with a right guaranteed by Article 8.'

In latere jurisprudentie heeft het Hof deze overwegingen herhaald.¹⁴ De vraag is nu hoe we deze jurisprudentie van het EHRM, die betrekking heeft op 'records of the metering' van vaste telefonie, kunnen interpreteren in het licht van de moderne communicatietechnologieën, in het bijzonder mobiele telefoon en e-mail. Maakt het verschil of er sprake is van het gebruik van verkeersgegevens bij vaste telefonie, zoals in de *Malone*-zaak, dan wel het gebruik van verkeersgegevens bij mobiele telefonie of e-mail? Wie de lange lijst van verkeersgegevens zoals opgesomd in art. 5 EG-Richtlijn 2006/24/EG vergelijkt met de korte lijst van verkeersgegevens die in de *Malone*-zaak centraal stond, ziet dat het begrip verkeersgegevens een rekbaar begrip is. Ook wordt dan duidelijk dat de mate waarin een inbreuk op de levenssfeer wordt gemaakt, afhangt van de aard van de verkeersgegevens en de vraag welke informatie daaruit, in onderlinge samenhang bekeken, kan worden afgeleid. Uit een uitspraak van de 'records of the metering' van één vaste telefoonlijn waarover werd geprocedeerd in de *Malone*-zaak (1984) – mobiele telefoon, Internet, e-mail bestonden toen nog niet – kan men veel minder afleiden dan uit een databank waarin alle verkeersgegevens als omschreven in art. 5 van de Richtlijn met betrekking tot communicatie per vaste telefonie, mobiele telefonie en e-mail van een persoon zijn vastgelegd. De uitspraak van het EHRM in de *Malone*-zaak maakt duidelijk dat gebruik van 'records of the metering' een inbreuk kan opleveren op art. 8 EVRM en dat die verkeersgegevens integraal onderdeel uitmaken van de communicatie. Dat is een belangrijk uitgangspunt. Daarnaast volgt uit de *Malone*-uitspraak dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen het gebruik van 'records of the metering' aan de ene kant en het aftappen van telefoongesprekken aan de andere kant. Uit toekomstige jurisprudentie van het EHRM zal moeten blijken of het Hof dat onderscheid ook zal maken tussen verkeersgegevens bij moderne communicatietechnologieën (zoals e-mail) en het eigenlijke onderscheppen van de inhoud van die communicatie. Naar mijn mening wordt dat onderscheid kleiner, naarmate uit de verzameling van verkeers-

¹⁴ EHRM 25 september 2001, *P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk* (appl. no. 44787/98), par. 42; EHRM 30 juli 1998, *Valenzuela Contreras t. Spanje*, (appl. no. 27671/95), par. 47.

gegevens, in onderlinge samenhang beschouwd, meer kan worden afgeleid over de inhoud van de communicatie. Bepalend voor het oordeel moet zijn, in hoeverre uit de verkeersgegevens informatie over de inhoud van de communicatie kan worden afgeleid.

In Richtlijn 2006/24/EG is mijns inziens onvoldoende onderbouwd dat de bewaarplicht noodzakelijk en effectief is met het oog op de te bereiken doelen. In het bijzonder is onvoldoende onderbouwd waarom een zo lange bewaartermijn (zes maanden tot twee jaar) van zoveel categorieën verkeersgegevens over alle e-mail- en telefooncommunicatie van ingezetenen van de EU noodzakelijk is ter bestrijding van 'ernstige criminaliteit'. Alleen al het feit dat deze, voor de werkingssfeer van de richtlijn zo belangrijke, term niet door de EU-organen zelf is bepaald maar pas op het niveau van de lidstaten (bij de implementatie van de richtlijn) zal worden ingevuld, geeft naar mijn mening aan dat de belangenafweging, zoals deze door artikel 8, tweede lid, EVRM wordt vereist, door de EU-organen onvoldoende is gemaakt. Bovendien is in de Richtlijn onvoldoende afgebakend welke (nationale) instanties toegang mogen krijgen tot de opgeslagen gegevens van de EU-ingezetenen en welke bevoegdheden zij krijgen met betrekking tot die gegevens. Dit klemmt des te meer, omdat de richtlijn ook niet voorziet in een mechanisme van toezicht op de toegang tot en het gebruik van die gegevens door een onafhankelijke instantie.

In artikel 4 van de Richtlijn is, zoals in het vorenstaande werd aangegeven, bepaald dat de procedure en de te vervullen voorwaarden voor toegang tot gegevens die bewaard worden overeenkomstig de vereisten inzake noodzakelijkheid en evenredigheid door elke lidstaat in de nationale wetgeving worden vastgesteld, rekening houdend met de relevante bepalingen van de wetgeving van de Europese Unie of internationaal publiekrecht, met name het EVRM, zoals geïnterpreteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Deze bepaling brengt mijns inziens met zich mee dat de EG-lidstaten de richtlijn zoveel mogelijk 'EVRM-conform' dienen uit te leggen, en meer in het bijzonder met inachtneming van de jurisprudentie van het EHRM inzake art. 8 EVRM.¹⁵

De discussie over het gebruik van verkeersgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer verplaatst zich in de komende maanden naar het niveau van de EG-lidstaten. Op 15 september 2007 dienen de lidstaten de Richtlijn, waarover uiteindelijk overeenstemming is bereikt tussen de Raad en het Europese Parlement, te hebben geïmplementeerd in nationale regelgeving en bestuurlijke maatregelen. De Richtlijn biedt, zoals uit het bovenstaande blijkt, op onderdelen nog veel beslissingsruimte aan de lidstaten.

15 Vlg. ook het recente arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 juni 2006 in de zaak C-540/03, waarin nadrukkelijk een verband wordt gelegd tussen gemeenschapsrecht en artikel 8 EVRM. Hier was (o.a.) in geschil of richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging het recht op privé- en gezinsleven eerbiedigde zoals vastgelegd in art. 8 EVRM. In de preambule bij de deze richtlijn stond – kort samengevat – dat in deze richtlijn de grondrechten en de beginselen in acht worden genomen die met name worden erkend in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. In zijn uitspraak stelt het Hof van Justitie voorop dat het recht op eerbiediging van het gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM deel uitmaakt van de grondrechten die volgens vaste rechtspraak van het Hof in de communautaire rechtsorde worden beschermd en gaat het Hof in op de verplichtingen die art. 8 EVRM voor de lidstaten met zich meebrengt.

3 Bewaarplicht voor verkeersgegevens in Nederland

3.1 Het Grondwettelijk kader

In Nederland begon het debat over de grondwettelijke aspecten van het bewaren en gebruiken van verkeersgegevens aan het einde van de jaren negentig.¹⁶ Een kernvraag was toen – en is nu nog steeds – of verkeersgegevens bij e-mail en telefoon onder de reikwijdte van artikel 13 Grondwet of onder de reikwijdte van artikel 10 Grondwet vallen. Artikel 10 beschermt het (algemene) recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en geeft daarnaast een regelopdracht aan de formele wetgever voor regels inzake, kort gezegd, het houden van persoonsregistraties. Artikel 13 beschermt het brief-, telefoon- en telegraafgeheim. De discussie in Nederland gaat (voorzover het de Grondwet betreft) over de vraag of verkeersgegevens bij e-mail en telefoon wel of niet behoren tot het brief- respectievelijk telefoongeheim. In dit verband is het hierboven al genoemde onderscheid tussen enerzijds de *inhoud* van de communicatie en anderzijds de verkeersgegevens – dus de gegevens *over* de communicatie) van belang. In essentie komt de vraag neer op het volgende: beschermt het Nederlandse brief- en telefoongeheim alleen de inhoud van de communicatie of beschermt het ook de verkeersgegevens bij die communicatie?

Het verschijnsel ‘verkeersgegevens’ is niet nieuw. Bij brieven in (gesloten) enveloppen waren er immers ook vijftig jaar (en langer) geleden al verkeersgegevens: de adresgegevens op de buitenkant aan de envelop, eventueel gecombineerd met het poststempel, waaruit men kon afleiden op welke dag de brief per post was bezorgd. Nieuw is de betekenis die verkeersgegevens thans hebben: het gaat niet meer alleen om de adresgegevens op de buitenkant van de envelop, of om de registratie van de lengte van een telefoongesprek tezamen met een nummer van de beller en ontvanger, maar om een hele verzameling gegevens die tezamen een grote hoeveelheid informatie verschaffen over de communicatie. Nieuw is ook dat die verkeersgegevens, wanneer zij in digitale databanken worden opgeslagen, kunnen worden gebruikt voor verdere analyse. Een digitale databank, waarin verkeersgegevens van miljarden e-mails en telefoongesprekken van miljoenen burgers gedurende een aantal maanden of zelfs jaren worden opgeslagen, biedt meer mogelijkheden voor analyse door bijvoorbeeld opsporings- en veiligheidsdiensten dan de ‘oude’ verkeersgegevens op enveloppen van een halve eeuw geleden. Dat is ook precies de reden waarom de Nederlandse regering, evenals de regeringen van andere Europese landen, de afgelopen jaren wetsvoorstellen heeft ingediend voor het bewaren en het gebruik van verkeersgegevens.

De Nederlandse discussie over verkeersgegevens is niet uniek; ook in andere Europese landen is die discussie de afgelopen jaren gevoerd. Wat de situatie in Nederland wel complex maakt, is dat de Nederlandse Grondwet verschillende beschermingsniveaus kent voor het

16 Zie onder meer: Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, *Grondrechten in het digitale tijdperk*, Den Haag juni 2000; Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij, *Gegevensvergaring in strafvoordering. Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvoerlijk onderzoek*, Den Haag mei 2001; L. Asscher, *Communicatiegrondrechten. Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving* (diss.), Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2002.

(algemene) recht op persoonlijke levenssfeer enerzijds en het brief- telefoon- en telegraafgeheim anderzijds. Artikel 13 eist immers (in het eerste lid) voor inbreuken op het briefgeheim een machtiging van de rechter, terwijl artikel 10 die eis niet stelt voor inbreuken op het (bredere) recht op persoonlijke levenssfeer. Ook voor inbreuken op het telefoongeheim stelt artikel 13 hoge eisen (zij het lager dan voor het briefgeheim), namelijk dat inbreuken op dit recht bij de wet worden bepaald en geschieden door of met machtiging van hen die daartoe door de wet zijn aangewezen. Het is duidelijk dat verkeersgegevens, wanneer zij (al dan niet in onderlinge samenhang) herleidbaar zijn tot individuele personen, onder de reikwijdte van artikel 10 Grondwet vallen. Maar vallen verkeersgegevens (ook) onder het brief-, telefoon- en telegraafgeheim, zoals neergelegd in artikel 13 Grondwet?

In essentie gaat het bij de discussie over verkeersgegevens over de vraag of er, bij de huidige en toekomstige stand van de techniek, wel of geen onderscheid valt te maken tussen de inhoud van de communicatie en de verkeersgegevens over die communicatie.¹⁷

Degenen die van oordeel zijn dat er wel (steeds) een onderscheid valt te maken tussen de inhoud van de communicatie en de verkeersgegevens over die communicatie, zullen betogen dat verkeersgegevens – voorzover ze te herleiden zijn tot individuen – onder de reikwijdte van artikel 10 Grondwet vallen (het algemene recht op persoonlijke levenssfeer) en niet onder de reikwijdte van artikel 13 van de Grondwet (het brief- en telefoongeheim). Dat grondrecht – dat een hoger beschermingsniveau aan burgers biedt dan artikel 10 – beschermt, zo zullen zij stellen, immers de *inhoud* van de communicatie.

Degenen, daarentegen, die van oordeel zijn dat er niet (steeds) een onderscheid kan worden gemaakt tussen de inhoud van de communicatie en de verkeersgegevens daarover, zullen betogen dat verkeersgegevens, net als de inhoud van de communicatie, onder de reikwijdte van artikel 13 Grondwet vallen. Hun redenering is dat uit (een combinatie van) verkeersgegevens feitelijk informatie valt te herleiden over de inhoud van de communicatie en dat de verkeersgegevens om die reden hetzelfde (hoge) beschermingsniveau dienen te hebben als de inhoud van de communicatie.

Naast de vraag of verkeersgegevens onder de reikwijdte van artikel 10 of artikel 13 Grondwet vallen, is er ook de, voor de rechtspraktijk misschien nog wel prangender vraag, of (de inhoud van) e-mail onder de reikwijdte van artikel 13 valt, en zo ja, onder welk lid van dat artikel.

Dit vraagstuk is al in 1999 belicht door de *Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk*. Deze Commissie, die werd ingesteld door de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, had als opdracht de regering te adviseren over de vraag of het noodzakelijk of wenselijk was hoofdstuk 1 van de Grondwet aan te passen, gelet op de nieuwe ontwikkelingen op het gebied van informatie- en communicatietechnologie. In haar eindrapport, getiteld *Grondrechten in het digitale tijdperk* (2000), concludeerde de Commissie dat het wenselijk was de artikelen 7, 10, 13 en 5 van de Grondwet te wijzigen. De reden was – kort samengevat – dat deze bepalingen ‘techniek-afhankelijke’ termen bevatten, zoals ‘drukkers’, ‘radio en televisie’ (art. 7) en ‘brief-, telefoon-, telegraafgeheim’, die niet goed kunnen worden toegepast in het

17 Zie hierover: L.F. Asscher en A.H. Ekker (red.), *Verkeersgegevens. Een juridische en technische inventarisatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2003, 15-18.

nieuwe 'digitale tijdperk' met nieuwe communicatievormen zoals bijvoorbeeld Internet, e-mail en sms. De Commissie adviseerde de regering om de grondwetsartikelen inzake de vrijheid van meningsuiting, het recht op persoonlijke levenssfeer, het brief-, telefoon- en telegraafgeheim en het petitierecht te wijzigen, waarbij gekozen zou moeten worden voor een techniekonafhankelijke formulering. Het vervolg is bekend. Nadat de toenmalige regering in 2000 had aangekondigd het advies van de Commissie (grotendeels) over te nemen, legde zij in 2001 vier wetsvoorstellen voor advies voor aan de Raad van State (voorstellen tot wijziging van de artikelen 7, 10 en 13 Grondwet en een wetsvoorstel voor een nieuw grondrecht op toegang tot overheidsinformatie). De Raad van State adviseerde begin 2002 negatief over de voorstellen.¹⁸ De belangrijkste kritiek van de Raad van State op de voorstellen was – kort samengevat – dat onvoldoende duidelijk was wat de verhouding van deze grondwetsvoorstellen was tot het EVRM en andere internationale verdragen. Eind 2004 bracht de (huidige) regering nadere rapporten uit, waarin zij bekendmaakte de voorstellen tot wetswijziging voor de artikelen 7, 10 en 13 Grondwet, gelet op de negatieve adviezen van de Raad van State, niet in te dienen (besluitvorming over het voorstel voor een nieuw grondrecht op toegang tot overheidsinformatie werd aangehouden).¹⁹ In de nadere rapporten kondigde de Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties (BVK) tegelijk aan dat nieuwe grondwetsvoorstellen tot wijziging van de artikelen 7, 10 en 13 zouden worden voorbereid. Daarbij zouden de internationaalrechtelijke ontwikkelingen nadrukkelijk worden betrokken.²⁰ In november 2005 bevestigde de Minister voor BVK nogmaals per brief aan de Tweede Kamer dat nieuwe voorstellen tot wijziging van de genoemde grondwetsartikelen in voorbereiding zijn.²¹

Sinds de publicatie van het eindrapport van de Commissie *Grondrechten in het digitale tijdperk* zijn nu zes jaren verstreken. Er zijn nog geen nieuwe wetsvoorstellen tot wijziging van de artikelen 10 en 13 Grondwet bij de Tweede Kamer ingediend. De analyse van de Commissie, dat de formulering van in het bijzonder artikel 13 Grondwet tot problemen kan leiden, wanneer deze techniek-onafhankelijk geformuleerde bepaling wordt toegepast in een digitale omgeving (zoals Internet), is mijn inziens nog steeds juist. Bij lezing van artikel 13 Gw is niet duidelijk of e-mail moet worden gekwalificeerd als 'brief' als bedoeld in het eerste lid. Het is voorts onduidelijk of verkeersgegevens wel of niet onder de reikwijdte van het artikel vallen. Die vraag is thans, nog veel meer dan zes jaar geleden, zeer actueel, gelet op de wet- en regelgeving inzake verkeersgegevens die inmiddels al in Nederland geldt en gelet op de recent aanvaarde EG-richtlijn 2006/24/EG. Het is dan ook niet verrassend dat Leden van zowel de Tweede als

18 De adviezen van de Raad van State, gedateerd 24 januari 2002, zijn te downloaden op <http://www.minbzk.nl/grondwet_en/grondwet/parlementaire/brieven_aan_de>.

19 De nadere rapporten, gedateerd 29 oktober 2004, zijn gepubliceerd in het bijvoegsel bij de Staatscourant en te downloaden op: <http://www.minbzk.nl/grondwet_en/grondwet/parlementaire/brieven_aan_de>.

20 De minister verwees in dit verband in het bijzonder op de *Declaration of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Human Rights and the Rule of Law in the Information Society*, CM(2005)56 final, 13 May 2005 en op de *UN Declaration of Principles for the World Summit on the Information Society (WSIS)*, 12 December 2003, Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E.

21 Brief van de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties over wetsvoorstellen grondrechten in het digitale tijdperk, 28 november 2005, Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VII, nr. 35.

de Eerste Kamer in het afgelopen jaar meermalen bij de regering hebben aangedrongen op spoedige indiening van een nieuw grondwetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet.

Het vorenstaande betekent niet dat de rechtzoekende burger, wanneer hij meent dat ten onrechte verkeersgegevens over zijn e-mail- of telefoonverkeer worden opgeslagen of gebruikt door de autoriteiten, met lege handen staat. Naast de artikelen 10 en 13 Grondwet is er immers het – techniekonafhankelijke geformuleerde – artikel 8 EVRM. Zoals hiervoor in paragraaf 2.2 is besproken, kan dat verdragsartikel zonder problemen worden toegepast in een ‘digitale omgeving’, zoals Internet. Zoals aangegeven zijn er ook bij toetsing van regelingen inzake een bewaarplicht of gebruik van verkeersgegevens aan artikel 8 EVRM onzekerheden, die de komende jaren in de jurisprudentie zullen moeten worden weggenomen. Toch is die rechts-onzekerheid minder groot dan bij toetsing aan de Grondwet, met zijn sterk verschillende regimes zoals neergelegd in de artikelen 10 en 13 en zijn techniek-afhankelijke, verouderde terminologie.

Tenzij alsnog op korte termijn een nieuw wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Gw wordt ingediend, zal de betekenis van deze grondwetsbepaling voor de rechtspraktijk in de komende jaren afnemen, nu dit artikel zoveel onzekerheden met zich brengt bij toepassing op vormen van digitale communicatie. De verwachting lijkt reëel dat de rol van artikel 13 Grondwet in de discussie over de rechtsstatelijke aspecten van het bewaren en het gebruik van verkeersgegevens, en in het bijzonder bij de behandeling van de wetsvoorstellen inzake de implementatie van EG-richtlijn 2006/24/EG, klein zal zijn. De discussie zal zich in plaats daarvan toespitsen op artikel 8 EVRM. In de volgende paragraaf zal blijken dat die trend al de afgelopen vijf jaar, bij de totstandkoming van nationale wetgeving inzake het gebruik van verkeersgegevens, is ingezet.

3.2 Nationale wet- en regelgeving inzake verkeersgegevens: huidig recht

In Nederland is er nu al – nog voor de implementatie van EG-richtlijn 2006/24/EG – wet- en regelgeving inzake verkeersgegevens. Het betreft enerzijds verplichtingen om verkeersgegevens te verstrekken en anderzijds verplichtingen om deze gegevens te bewaren.²² De regels zijn te vinden in de Telecommunicatiewet (Tw), het Wetboek van Strafvordering (Sv), de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 (Wiv) en enkele op deze wetten gebaseerde algemene maatregelen van bestuur.

Het is van belang in dit kader onderscheid te maken tussen aan de ene kant bewaar- en achterhaalverplichtingen rustend op aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken- en diensten en aan de andere kant verstrekingsverplichtingen in de relatie met politie en justitie en veiligheidsdiensten. Uitgangspunt is dat de bewaar- en achterhaalplichten ten dienste staan aan de verstrekingsverplichtingen. Het is echter niet zo dat tegenover elke verstrekingsverplichting een bewaar- en/of achterhaalplicht staat. In een aantal gevallen is er naar thans

22 Zie voor een uitvoerig en helder overzicht van de huidige wet- en regelgeving inzake verkeersgegevens in Nederland, alsmede de verhouding van deze bestaande wetgeving tot de nieuwe EG-richtlijn: A. Schmidt en G.J. Zwenne, ‘Recht en risico. Kanttekeningen bij het voorstel voor een richtlijn over de bewaring van telecommunicatie-verkeersgegevens’, *Mediaforum* 2005 nr. 9, p. 292-302.

geldend recht, zoals neergelegd in de hiervoor genoemde wetten en daarop gebaseerde besluiten, wel een verplichting om gegevens te verstrekken, maar niet tevens een verplichting om die gegevens te bewaren of te achterhalen.²³ In zulke gevallen is de telecomaandbieder alleen gehouden de gegevens te verstrekken indien en voorzover hij daarover de beschikking heeft. Tegelijkertijd is ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de abonnees en eindgebruikers ook voorgeschreven dat aanbieders gegevens niet langer gebruiken dan nodig is voor hun bedrijfsvoering.²⁴

De verplichtingen om gegevens te verstrekken aan politie en justitie staan in de artikelen 13.2a en 13.4 Tw.²⁵ Ingevolge artikel 13.2a, eerste lid, dienen aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten te voldoen aan een vordering op grond van artikel 126n of artikel 126u van het Wetboek van Strafvordering dan wel een verzoek op grond van artikel 28 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 tot het verstrekken van gegevens over een gebruiker van een openbaar telecommunicatienetwerk dan wel een openbare telecommunicatiedienst en het telecommunicatieverkeer met betrekking tot die gebruiker. Dit betekent dat aanbieders op verzoek van een officier van justitie of op verzoek van de Algemene inlichtingen- en veiligheidsdienst (AIVD) of de Militaire Inlichtingen- en veiligheidsdienst (MIVD) gegevens dienen te verstrekken over een gebruiker en het telecommunicatieverkeer met betrekking tot die gebruiker, indien er sprake is van een ernstig misdrijf als bedoeld in artikel 67, eerste lid, Sv en gegevens van belang zijn in het onderzoek daarnaar.²⁶ In het Besluit vorderen gegevens telecommunicatie,²⁷ gebaseerd op artikel 126n, eerste lid, tweede volzin, en artikel 126u, eerste lid, tweede volzin, van het Wetboek van Strafvordering, wordt bepaald op welke gegevens het verzoek om gegevensverstrekking betrekking mag

- 23 Zie voor een bespreking van de betreffende wettelijke bepalingen in de Telecommunicatiewet, het Wetboek van Strafvordering en de Wet- op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, alsmede een toelichting op de onderlinge verhouding van die bepalingen: A.H.J. Schmidt en G.J. Zwenne, 'Recht en risico. Kanttekeningen bij het voorstel voor een richtlijn over de bewaring van telecommunicatie-verkeersgegevens', *Mediaforum* 2005 nr. 9, p. 294-295.
- 24 Artikel 11.5 en 11.5a Tw. Zie hierover meer uitvoerig: A.H.J. Schmidt en G.J. Zwenne, 'Recht en risico. Kanttekeningen bij het voorstel voor een richtlijn over de bewaring van telecommunicatie-verkeersgegevens', *Mediaforum* 2005 nr. 9, p. 294.
- 25 Deze bepalingen zijn ingevoegd in de Telecommunicatiewet bij de Wet van 18 maart 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en andere wetten in verband met de aanpassing van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens terzake van telecommunicatie (Wet vorderen gegevens telecommunicatie), *Stb* 2004, 105.
- 26 Zie over deze verstrekingsplicht en de daar tegenoverstaande bevoegdheden van de Officier van Justitie en de inlichtingendiensten meer uitgebreid: A.H.J. Schmidt en G.J. Zwenne, 'Recht en risico. Kanttekeningen bij het voorstel voor een richtlijn over de bewaring van telecommunicatie-verkeersgegevens', *Mediaforum* 2005 nr. 9, p. 294 e.v.
- 27 Besluit van 3 augustus 2004, houdende aanwijzing van de gegevens over een gebruiker en het telecommunicatieverkeer met betrekking tot die gebruiker die van een aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk of een openbare telecommunicatiedienst kunnen worden gevorderd (Besluit vorderen gegevens telecommunicatie), *Stb*. 2004, 394.

hebben.²⁸ Aan deze verplichting tot gegevensverstrekking zijn geen bewaar- of achterhaalverplichtingen verbonden.²⁹

Naast artikel 13.2a Tw bevat ook artikel 13.4 Tw een verplichting tot verstrekking van gegevens voor aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken- en diensten. Ingevolge deze bepaling dienen zij te voldoen aan een vordering op grond van artikel 126na, eerste lid, of 126ua, eerste lid, Sv dan wel een verzoek op grond van artikel 29 WiV tot het verstrekken van gegevens terzake van naam, adres, postcode, woonplaats, nummer en soort dienst van een gebruiker van een openbaar telecommunicatienetwerk dan wel een openbare telecommunicatiedienst. Aan deze verstrekkingplicht zijn, anders dan bij artikel 13.2 Tw, wel bewaar- en achterhaalverplichtingen verbonden. Om te kunnen voldoen aan de verstrekkingplicht dienen de aanbieders ingevolge artikel 13.4, tweede lid, Tw namelijk een aantal bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gegevens gedurende drie maanden te bewaren.³⁰ Het betreft onder meer gegevens over de tijdstippen waarop de communicatie heeft plaatsgevonden, de met de communicatie corresponderende nummers en de basisstations waarop de gegevens zijn binnengekomen.

Hoe verhoudt zich de nieuwe Richtlijn 2006/24/EG tot de nu geldende Nederlandse wet- en regelgeving inzake verkeersgegevens zoals die hiervoor is geschetst en wat voegt deze Richtlijn toe? Op deze plaats wordt volstaan met een beknopte opsomming van de meest in het oog springende verschillen.³¹ In de eerste plaats valt op dat de Richtlijn een algemene bewaarplicht introduceert voor een zeer grote hoeveelheid verkeersgegevens, zoals opgesomd in artikel 5 van de Richtlijn, terwijl een zo 'brede' bewaarplicht naar Nederlands nationaal recht nu nog niet bestaat. Een tweede opvallend punt is de duur van de bewaarplicht zoals voorgeschreven in de Richtlijn. Ingevolge artikel 6 van de Richtlijn dienen de in artikel 5 genoemde categorieën van verkeersgegevens gedurende ten minste zes maanden en ten hoogste twee jaar vanaf de datum van de communicatie te worden bewaard. Het is nog onbekend voor welke duur de Nederlandse wetgever voor de verschillende categorieën verkeersgegevens zal

28 Het betreft onder meer de naam-, adres- en woonplaatsgegevens van de gebruiker en degene met wie deze verbinding heeft gehad of heeft getracht te hebben; de datum en het tijdstip van de verbinding of de poging daartoe, de locatiegegevens van het netwerkaansluitpunt dan wel gegevens betreffende de geografische positie van de randapparatuur van een gebruiker ingeval van een verbinding of poging daartoe; de nummers van de randapparatuur waarvan de gebruiker gebruik maakt of heeft gemaakt; de soorten diensten waarvan de gebruiker gebruik maakt of heeft gemaakt evenals de daarbij behorende gegevens; en de naam, het adres en de woonplaats van degene die de rekening betaalt voor de openbare telecommunicatiediensten en telecommunicatienetwerken die de gebruiker ter beschikking heeft of heeft gehad, indien deze een ander is dan de gebruiker.

29 Wel zijn er voorschriften over de procedures volgens welke deze gegevens moeten worden verstrekt. Zie over deze procedures, die zijn vastgelegd in het Besluit verstrekking gegevens telecommunicatie (Besluit van 26 januari 2000, *Stb* 2000, 71, zoals gewijzigd bij Besluit van 16 december 2002, *Stb* 2003, 22): A.H.J. Schmidt en G.J. Zwenne, 'Recht en risico. Kanttekeningen bij het voorstel voor een richtlijn over de bewaring van telecommunicatie-verkeersgegevens', *Mediaforum* 2005 nr. 9, p. 295.

30 Zie over deze bewaar- en achterhaalverplichtingen: A.H.J. Schmidt en G.J. Zwenne, 'Recht en risico. Kanttekeningen bij het voorstel voor een richtlijn over de bewaring van telecommunicatie-verkeersgegevens', *Mediaforum* 2005 nr. 9, p. 295. Het Besluit bijzondere vergaring nummergegevens telecommunicatie, *Stb* 2002, 31, zoals gewijzigd bij Besluit van 16 december 2002, *Stb* 2003, 22, somt de te bewaren gegevens op.

31 Gezien de vraagstelling en beperkte omvang van deze bijdrage wordt afgezien van een meer uitvoerige analyse van de verschillen tussen enerzijds de bestaande nationale wet- en regelgeving inzake verkeersgegevens en anderzijds de nieuwe regels die de EG-richtlijn introduceert.

kiezen binnen de marge van zes maanden tot twee jaar, maar duidelijk is wel dat de nieuwe bewaartermijnen aanzienlijk langer zullen zijn dan naar het nu geldende nationale recht. In de derde plaats valt de doelbinding in de Richtlijn op: er is gekozen voor een breed geformuleerde omschrijving van het doel waarvoor de genoemde verkeersgegevens moeten worden bewaard: de beschikbaarheid voor het onderzoeken, opsporen en vervolgen van 'ernstige criminaliteit' zoals gedefinieerd in de nationale wetgeving van de lidstaten (artikel 1 van de Richtlijn). Ook deze formulering biedt de nationale wetgevers veel ruimte bij de implementatie. Afgewacht moet worden welke concrete invulling de Nederlandse wetgever aan deze doelomschrijving zal geven en hoe dit zal worden vertaald in wet- en regelgeving. Duidelijk is wel dat de in de Richtlijn geformuleerde doelomschrijving vager is geformuleerd dan de doeleinden waarvoor naar nu geldend recht in Nederland verkeersgegevens dienen te worden bewaard, respectievelijk mogen worden opgevraagd door politie, justitie en inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

3.3 Implementatie van EG-richtlijn 2006/24/EG

De deadline voor implementatie van EG-richtlijn 2006/24/EG is 15 september 2007. Bij de omzetting van de EG-richtlijn in nationale regelgeving zal Nederland, net als de andere EU-lidstaten, in het komende jaar nog een aantal beslissingen moeten nemen op de punten waarop de Richtlijn ruimte aan de lidstaten biedt. Het gaat daarbij onder meer om de volgende punten:

- a. de lengte van de bewaartermijn als bedoeld in artikel 6 van de Richtlijn (de richtlijn biedt hier een aanzienlijke vrije ruimte aan de lidstaten)
- b. de wijze waarop de te bewaren gegevens worden opgeslagen: centraal (in één nationale databank waar alle verkeersgegevens worden samengebracht en bewaard) of decentraal (verspreid over meerdere databanken in Nederland, bijvoorbeeld bij de telecom-providers)
- c. het beheer van de databank: welk orgaan krijgt het technische en organisatorische beheer over de databank of de databanken waarin de verkeersgegevens worden bewaard?
- d. het toezicht op de beheerder of beheerders van de centrale databank of decentrale databanken: wie controleert de beheerder van de databank en welke bevoegdheden krijgt de toezichthouder om zijn taak uit te voeren?
- e. de toegang tot de gegevens in de databank(en): welke organen in Nederland krijgen toegang tot welke verkeersgegevens in de databank of databanken, in het kader van de uitoefening van welke (wettelijke) taken en voor welke doeleinden?
- f. het gebruik van de gegevens in de databank(en): welke handelingen mogen de organen die toegang tot de databank of databanken krijgen verrichten met betrekking tot de verkeersgegevens in de databank en welke handelingen niet? Mogen zij bijvoorbeeld gebruik maken van *datamining*-technieken, waarbij door koppeling en diepgaande analyse van grote hoeveelheden gegevens in databanken 'profielen' worden gemaakt?
- g. de rechtsbescherming voor de burgers wiens verkeersgegevens in de centrale databank of de decentrale databanken zijn opgeslagen: komt er een rechtsgang voor burgers die willen weten welke verkeersgegevens over hun communicatie zijn opgeslagen, wie daartoe toegang heeft, door welke organen en met welk doel die gegevens worden of zijn gebruikt? Aan

de hand van welke criteria dienen verzoeken van burgers strekkende tot informatie over deze punten te worden beoordeeld?

- h. op welke wijze wordt de nieuwe wetgeving ter implementatie van de EG-richtlijn ingepast in de reeds geldende wetgeving inzake de toegang tot en het gebruik van verkeersgegevens door opsporings- en veiligheidsdiensten in Nederland?

Nederland dient, net als de andere EU-lidstaten, bij de implementatie van EG-richtlijnen de mensenrechten zoals neergelegd in het EVRM te respecteren.³² De implementatie van EG-richtlijn 2006/24/EG zal op een zodanige wijze dienen te geschieden dat het resultaat in overeenstemming is met artikel 8 EVRM. De discussie over de balans tussen enerzijds het recht op persoonlijke levenssfeer en vertrouwelijke communicatie en anderzijds de noodzaak van inbreuken op die persoonlijke levenssfeer in het belang van de staatsveiligheid (waaronder het belang van terrorismebestrijding) en openbare orde, die werd gevoerd bij het totstand-komingstraject van de EG-richtlijn, zal tijdens de behandeling van de wetsvoorstellen ter implementatie van de EG-richtlijn opnieuw moeten worden gevoerd. De uitgangspunten voor de bewaarplicht van verkeersgegevens zijn in de EG-richtlijn neergelegd. Toch blijft er nog veel beslissingruimte over voor de nationale lidstaten, waaronder besluitvorming over de hiervoor weergegeven acht punten. Bij besluitvorming over elk van die punten zal Nederland de eisen van artikel 8 EVRM in acht moeten nemen. Bij elk van deze punten zal de formele wetgever een afweging moeten maken tussen enerzijds het recht op persoonlijke levenssfeer van ingezetenen in Nederland (artikel 8, eerste lid, EVRM), en anderzijds de belangen met het oog waarop de Europese bewaarplicht is geïntroduceerd en die – onder voorwaarden – een inbreuk op het recht op persoonlijke levenssfeer kunnen rechtvaardigen (artikel 8, lid 2 EVRM). De eis van ‘noodzakelijkheid in een democratische samenleving’, en in het bijzonder de daaruit voortvloeiende proportionaliteitseis, zal daarbij bij elk van de beslispunten centraal dienen te staan.

De Europese privacytoezichthouders, verenigd in de eerdergenoemde Artikel 29 Werkgroep, hebben al een schot voor de boeg gegeven over de implementatieprocedures in de EU-lidstaten. In een *Opinie*³³ van 25 maart 2006 stellen de toezichthouders vast dat Richtlijn 2006/24/EG ruimte laat voor verschillende interpretatie en implementatie ervan in de lidstaten. Ook zijn de noodzakelijke waarborgen volgens de toezichthouders niet alle voldoende gespecificeerd.

32 In dit kader is ook het Europees Dataverdrag van belang. Dit Verdrag, dat in 1981 tot stand kwam onder auspiciën van de Raad van Europa, betreft de geautomatiseerde gegevensverwerking omtrent personen. Dit verdrag, dat door Nederland in 1993 werd geratificeerd, heeft geen directe werking, maar verplicht de toetredende lidstaat in art. 4 tot specifieke wetgeving, waarin de in het verdrag opgenomen beginselen – de ‘basic principles for data protection’ – (art. 5-7) in het nationale recht zijn geïmplementeerd. De regelingsverplichting van de verdragsstaten is tevens te kwalificeren als een nadere uitwerking van de in art. 8 EVRM begrepen positieve verplichtingen betreffende gegevensverwerking. Zie over dit verdrag: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet, een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 170-171, en J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2002, p. 489-494. Bij implementatie van EG-Richtlijn 2006/24/EG dient Nederland ervoor zorg te dragen dat de nieuwe wetgeving voldoet aan het Europees Dataverdrag, en in het bijzonder aan de daarin vastgestelde *basic principles for data protection*.

33 Opinion 3/2006 on the Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, te downloaden op <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2006_en.htm>.

De toezichthouders benadrukken in hun Opinie de noodzaak van voldoende adequate en specifieke waarborgen om de rechten van burgers en in het bijzonder het recht op vertrouwelijkheid van communicatie te kunnen garanderen. In de Opinie roepen de toezichthouders de lidstaten op om de implementatie van de Richtlijn te coördineren en geven zij aan welke waarborgen er ten minste zouden moeten worden gecreëerd om te kunnen voldoen aan de eisen van artikel 8 EVRM. In dit verband formuleren zij onder meer de volgende punten:

- 1 de verkeersgegevens mogen alleen worden bewaard voor specifiek bepaalde doelen; de term 'serious crime' in de richtlijn dient daartoe nader te worden gedefinieerd en afgebakend;
- 2 de verkeersgegevens mogen alleen beschikbaar zijn voor specifiek aangewezen opsporingsautoriteiten voorzover dit noodzakelijk is met het oog op het onderzoek naar en de vervolging van de strafbare feiten genoemd in de Richtlijn;
- 3 de verkeersgegevens dienen zo kort mogelijk te worden bewaard en elke wijziging in de lijst dient te worden getoetst aan een 'noodzakelijkheidstest';
- 4 de verkeersgegevens mogen niet worden gebruikt voor grootschalig dataminings-onderzoek naar reis- en communicatiepatronen van personen die geen 'verdachte' zijn;
- 5 toegang tot verkeersgegevens dient, in individuele gevallen, onderwerp van onderzoek van de rechterlijke macht te zijn;
- 6 telecommunicatiebedrijven en internet service providers mogen hun systemen voor het bewaren van verkeersgegevens uitsluitend bewaren voor de doeleinden die in de Richtlijn zijn gespecificeerd en niet gebruiken voor andere doelen;
- 7 de systemen voor het opslaan van verkeersgegevens voor publieke belangen dienen te worden gescheiden van de systemen voor het opslaan van verkeersgegevens voor private (bedrijfs)belangen;
- 8 er dienen (concrete) minimum-standaards te worden vastgesteld betreffende technische en organisatorische veiligheidsmaatregelen, die een nadere invulling vormen van de algemene eisen die in de Richtlijn worden gesteld.

Ik onderschrijf de door de artikel 29-Werkgroep geformuleerde punten en ben van oordeel dat deze punten door de Nederlandse wetgever als minimum-eisen zouden moeten worden gehanteerd bij de besluitvorming over de implementatiewetgeving, teneinde te voldoen aan de vereisten van artikel 8 EVRM.

De Nederlandse wetgever zou in de implementatiewet strikte voorwaarden moeten formuleren voor de toegang tot en het gebruik van de opgeslagen gegevens. Van groot belang is daarbij om in de wet te specificeren welke organen en functionarissen onder welke voorwaarden, en gelet op welke specifieke doeleinden, toegang krijgen tot *welke* verkeersgegevens.

Daarnaast is mijns inziens essentieel dat bij wet een procedure voor rechtsbescherming aan burgers wordt geboden, wanneer deze menen dat hun verkeersgegevens ten onrechte zijn gebruikt of dat daaruit ten onrechte conclusies zijn getrokken die hun rechtspositie raken. Deze procedure zou moeten bestaan uit een 'bezwaarprocedure' bij het orgaan dat de toegang heeft geboden of het gebruik heeft toegestaan en daarna een 'beroepsprocedure' bij een onafhankelijke rechter.

Met betrekking tot de technische en organisatorische aspecten van de implementatiewetgeving acht ik het wenselijk dat gekozen wordt voor decentrale databanken, of ten minste voor gegevensdeelverzamelingen die technisch van elkaar zijn gescheiden (zelfs als ze feitelijk

deel uitmaken van een groot informatiesysteem). Dit voorkomt dat een zeer grote databank ontstaat met verkeersgegevens van alle Nederlandse ingezetenen, hetgeen met het oog op misbruik door onbevoegden mijns inziens grote risico's voor de privacybescherming met zich zou brengen. Bij de technische en organisatorische uitvoering van de Richtlijn acht ik het voorts essentieel dat het beheer van de databanken waarin de gegevens zijn opgeslagen in handen komt van een orgaan dat onafhankelijk is van de opsporings- en veiligheidsdiensten. Tevens acht ik het wenselijk dat in de wetgeving minimum-standaarden ten aanzien van beveiliging van de gegevens worden vastgelegd. Deze standaarden dienen naar mijn mening zoveel mogelijk techniekonafhankelijk te worden geformuleerd en kunnen nader worden uitgewerkt in lagere regelgeving.

Bij de behandeling van de voorstellen voor de implementatiewetgeving is het van belang om voor ogen te houden dat Nederland in een klachtprocedure voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aansprakelijk kan worden gesteld, indien het Hof vaststelt dat de betreffende nationale wetgeving in strijd is met artikel 8 EVRM.

Naast artikel 8 EVRM maken ook de artikelen 10 en 13 Grondwet deel uit van het normatieve kader waaraan de Nederlandse wetgeving ter implementatie van de EG-richtlijn dient te voldoen. De huidige regering heeft zich bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de Wet vorderen gegevens telecommunicatie op het standpunt gesteld dat verkeersgegevens buiten de reikwijdte van artikel 13 Grondwet vallen.³⁴ Het parlement heeft bij de behandeling van eerdere wetsvoorstellen inzake verkeersgegevens dit standpunt geaccepteerd, of heeft in elk geval geen wetsvoorstellen inzake verkeersgegevens tegengehouden omdat deze in strijd zouden zijn met artikel 13 Grondwet. Leden van de Eerste Kamer hebben echter bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de Wet vorderen gegevens telecommunicatie in 2004 de regering wel aangespoord om met een grondwetsvoorstel voor een nieuw artikel 13 Grondwet te komen.³⁵ Deze oproep zal naar mijn verwachting extra betekenis krijgen bij de behandeling van de wetsvoorstellen ter implementatie van de EG-richtlijn 2006/24/EG in de Tweede en Eerste Kamer. Mijns inziens biedt de behandeling van de implementatiewet een aanleiding en een nieuwe kans voor de Tweede en Eerste Kamer om de regering opnieuw aan te sporen op korte termijn een wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet in te dienen. Het politieke en maatschappelijke debat over de EG-Richtlijn in het afgelopen jaar toont mijns inziens aan dat een moderne, techniek-onafhankelijk geformuleerde grondwetsbepaling inzake het recht op vertrouwelijke communicatie zeer gewenst is.

4 Conclusie

In deze bijdrage is onderzocht wat de betekenis is van de nieuwe Richtlijn 2006/24/EG voor het recht op persoonlijke levenssfeer van de ingezetenen van de lidstaten van de Europese Unie en in het bijzonder voor de ingezetenen van Nederland. Geconcludeerd kan worden dat

34 Dit standpunt is sinds 2000 ook verdedigd door de eerdere kabinetten. Zie onder meer het Kabinetsstandpunt Grondrechten in het digitale tijdperk, Kamerstukken II 2000/01, 27 460 nr. 1.

35 Handelingen Eerste Kamer 16 maart 2004, 21-1055 tot en met 21-1064.

het bewaren en het gebruik van verkeersgegevens over telefoon- en e-mailcommunicatie van burgers in Europa een inbreuk betekent op hun recht op persoonlijke levenssfeer en in het bijzonder op hun recht op vertrouwelijke communicatie zoals neergelegd in artikel 8 EVRM. Gedurende de totstandkomingsprocedure voor de EG-richtlijn is zowel op het niveau van de Europese Unie als op het niveau van de lidstaten scherp gedebatteerd over de vraag of deze inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de Europese burgers gerechtvaardigd was, gelet op de in de Richtlijn gestelde doelen, te weten het onderzoeken, opsporen en vervolgen van 'ernstige criminaliteit' zoals gedefinieerd in de nationale wetgeving van de lidstaten. Na maandenlange debatten in het Europees Parlement, de nationale parlementen en de media heeft zowel het Europees Parlement als de Raad dit voorjaar ingestemd met een bewaarplicht van verkeersgegevens bij e-mail en telefoonverkeer van zes maanden tot twee jaar.

De komende twaalf maanden (in de periode tot 15 september 2007) dient de nieuwe EG-richtlijn in Nederland, evenals in de andere EU-lidstaten, te worden omgezet in nationale wetgeving. Juist dan is het van belang om ervoor te waken dat de nieuwe wetgeving inzake het bewaren en het gebruik van verkeersgegevens in overeenstemming is met artikel 8 EVRM, en in het bijzonder met de daaruit voortvloeiende eis van proportionaliteit. In deze bijdrage is aangegeven welke concrete beslissingen nog door de nationale wetgever dienen te worden genomen en is, als startpunt voor verdere discussie, aangegeven aan welke normatieve randvoorwaarden de implementatiewetgeving zou moeten voldoen.